

PAPER DETAILS

TITLE: TURK ANAYASA YARGISINDA ANAYASALUK BLOGU KAVRAMINA İHTİYAÇ VAR MIDIR?

AUTHORS: Kemal GÖZLER

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36282>

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASALLIK BLOĞU KAVRAMINA İHTİYAÇ VAR MIDIR?

Yrd. Doç. Dr. Kemal Gözler

Uludağ Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

• • •

Özet

"Anayasallık bloğu" kavramı Fransa'da 1974'te Louis Favoreu tarafından ortaya atılmıştır. Bu kavram, yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerlerde kurallar ve ilkelerin bütünü olarak tanımlanmaktadır. Türkiye'de de bazı yazarlar anayasallık bloğu kavramını kullanmaktadırlar. Bu yazarlara göre, anayasallık bloğuna, Anayasada ifade edilen ilkelerin yanında, uluslararası hukuk kuralları ve hukukun genel ilkeleri de dahildir. Bu makalede, uluslararası hukuk kurallarının ve hukukun genel ilkelerinin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılamayacakları, dolayısıyla Türkiye'de anayasallık bloğunun münhasıran Anayasada ifade edilen kurallardan oluştuğu ve durumda ise, anayasallık denetiminde anayasallık bloğu kavramına ihtiyaç olmadığı, doğrudan "anayasa" kavramının kullanılması gerektiği savunulmaktadır.

Is There a Need for the Concept of "Bloc of Constitutionality" in the Turkish Judicial Review of Constitutionality?

Abstract

The concept of a "bloc of constitutionality" was devised by Louis Favoreu in 1974 in France. This concept is defined as the whole of the rules and principles having constitutional value with which the legislature has to comply. In Turkey, some authors employ the concept of bloc of constitutionality. These authors argue that the bloc of constitutionality contains not only the principles laid down in the Constitution, but also the rules of international law and the general principles of law. This article maintains that the rules of international law and the general principles of law cannot be used as criteria in the judicial review of constitutionality, consequently, the bloc of constitutionality in Turkey consists exclusively of the rules embodied in the Constitution. In view of this, it is argued that there is no need for the concept of the bloc of constitutionality and the concept of constitution should be used instead.

Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğuna İhtiyaç Var mıdır?

"Anayasallık bloğu¹ (*bloc de constitutionnalité*) kavramı Fransa'da ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Fransa'da bu kavramın nasıl ortaya çıktığını, bu kavramdan ne anlaşıldığını ve bu kavramın ne işe yaradığını kısaca görelim.

I. FRANSA'DA ANAYASALLIK BLOĞU KAVRAMI

İlk önce şunu belirtelim ki, anayasa hukukunda "anayasallık bloğu" kavramını kullanmak şart değildir. Aynı şeyi ifade etmek için "referans normlar (*normes de référence*)" (LAVROFF, 1995: 169) veya "ölçü normlar" (ÖZBUDUN, 1995: 353) kavramları kullanılabilir. Bunlarla kastedilen şey, anayasa uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır.

"Anayasallık bloğu" kavramı, Fransa'da anayasal bir kavram değildir; zira, anayasa metninde geçmemektedir. Anayasallık bloğu kavramı jürisprüdansiyel bir kavram da değildir; zira, Anayasa Konseyi kararlarında da kullanılmamaktadır. Bu kavram doktrin tarafından inşa edilmiş bir kavramdır. "Anayasallık bloğu" kavramı, 1974 yılında Louis Favoreu (1974: 33-49) tarafından, Fransız idare hukukunda kullanılan "yasallık bloğu (*bloc de légalité*)" kavramından örnek alınarak ortaya atılmıştır.

Fransa'da anayasallık bloğu, "yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerde kurallar ve ilkelerin bütünü" olarak tanımlanmaktadır (FAVOREU, 1992: 87; VEDEL, 1989: 49; FAVOREU, 1988: 75).

1 Hemen belirtelim ki, Türkçede, "anayasallık bloğu" ifadesinin imlâsında uzlaşma yoktur. Birçok yazar, bu ifadeyi "anayasallık bloku" şeklinde yazmaktadır. Biz, Türkçede "k" ünsüzünün iki ünlü arasında yumuşayarak "ğ"e dönüşmesi (bıçak>bıçağı; çocuk>çocuğu; durak>durağı) kuralının "blok" kelimesine de uygulanabileceğini düşünüyoruz (Bu kural konusunda bkz. Hasan Eren, *İmlâ Kılavuzu*, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1985, s.9).

Anayasallık bloğu münhasıran anayasal düzeyde metinlerden oluşmaktadır (VEDEL, 1989: 52; FAVOREU, 1992: 87; FAVOREU, 1988: 75). Bunlar 1958 Anayasasının Maddeleri ve Başlangıcı (*Préambule*) dır. 1958 Anayasasının Başlangıcı ise bir yandan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine ve diğer yandan 1946 Anayasasının Başlangıcına. gönderme yapmaktadır. 1946 Anayasasının Başlangıcı ise, "Cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkelere (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*)" yollamada bulunmaktadır.

O halde Fransa'da anayasallık bloğu şunlardan oluşur:

- 1- 1958 Anayasasının maddeleri
- 2- 1958 Anayasasının Başlangıcı
- 3- 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi
- 4- 1946 Anayasasının Başlangıcı
- 5- Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler

1958 Anayasasının maddeleri ile Başlangıcının anayasallık bloğunda bulunduğu ve dolayısıyla anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabileceğinden şüphe yoktur. Zira bunlar kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasa metninin bir parçasıdır.

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin maddeleri de anayasallık bloğuna dahildir. Zira 1958 Anayasasının başlangıcı 1789 Bildirgesine göndermede bulunmaktadır. Dolayısıyla 1789 Bildirgesi Fransa'da pozitif bir değere sahiptir. O halde Bildirge anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilir. Fransız Anayasa Konseyi de 27 Aralık 1973 tarihli *Taxations d'office* kararında 1789 Bildirgesinin anayasal değerini açıkça tanımıştır².

1946 Anayasasının Başlangıcı da anayasallık bloğuna dahildir. Zira, 1946 Anayasasının başlangıcına 1958 Anayasasının başlangıcı gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla 1946 Anayasasının başlangıcı da günümüzde Fransa'da yürürlükte. Pozitif bir değere sahiptir. O halde anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilir. Fransız Anayasa Konseyi de, 15 Ocak 1975 tarihli *Interruption volontaire de grossesse* kararında 1946 Anayasasının Başlangıcının anayasallık bloğuna dahil olduğunu teyid etmiştir³.

2 Conseil constitutionnel, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxations d'office*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1973: 25. Bu karar için bkz. (FAVOREU / PHILIP, 1993: 275-290. Fransız Anayasa Konseyinin 1789 bildirgesini uyguladığı diğer kararların listesi için (FAVOREU / PHILIP, 1993: 278-288.)

3 Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1975: 19 (FAVOREU / PHILIP, 1993: 315).

"Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler" de pozitif bir kökene sahiptir. Zira kendisine 1958 Anayasasının başlangıcı tarafından gönderme yapılan 1946 Anayasasının başlangıcında geçmektedirler. Bu ilkeler ilk defa Fransız Anayasa Konseyi tarafından 16 Temmuz 1971 tarihli *Liberté d'association* kararında kullanılmıştır⁴. Fransız Anayasa Konseyinin kullandığı beş ya da altı tane (FAVOREU, 1992: 88) Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilke vardır⁵. Bunların arasında, dernek özgürlüğü, savunma hakkı, vicdan özgürlüğü, öğrenim özgürlüğü, idarî yargı organlarının bağımsızlığı ve üniversite profesörlerinin bağımsızlığı ilkesi sayılabilir (LAVROFF, 1995: 174).

Fransa'da bir de "organik kanunlar (*lois organiques*)"ın anayasallık bloğuna dahil olup olmadığı sorunu tartışılmaktadır. Fransa'da 1958 Anayasasının 46'ncı maddesindeki usûlle çıkarılan kanunlara organik kanun denmektedir. Bu kanunlar, normlar hiyerarşisinde, normal kanunların üstünde, ama anayasanın altında bulunurlar (LAVROFF, 1995: 179). Ancak Fransa'da Anayasa Konseyi, normal kanunların organik kanunlara uygunluğunu da denetleyebilmektedir⁶. Bu nedenle, anayasal değerde olmayan bu kanunları da "geniş anlamda anayasallık bloğu"na dahil eden yazarlar vardır. Bu yazarlar geniş anlamda anayasallık bloğunu, "kanundan daha yüksek değerde olan ve Anayasa Konseyinin saygınlığını sağlamakla görevli olduğu bütün normlardır" (VEDEL, 1989: 49) şeklinde tanımlamaktadırlar.

"Anayasallık bloğu" kavramını ortaya atan Louis Favoreu, anayasallık bloğuna dahil olduğunu kabul ettiği normları sayarak Fransa için "135 maddelik bir hayali anayasa" yapıyor. Bu anayasanın maddeleri şunlardan oluşmaktadır:

- m.1-92: 1958 Anayasasının maddeleri
- m.93-109: 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin Maddeleri
- m.110-128: 1946 Anayasasının Başlangıcının Fıkraları
- m.129-135: Cumhuriyet Kanunları Tarafından Tanınan Temel Prensipler

Fransa için anayasallık bloğu kavramı gereklidir ve işlevseldir. Zira, 1958 Fransız Anayasası oldukça kısa bir anayasadır. Bir iki temel hak ve özgürlük dışında Anayasada temel hak ve özgürlükler düzenlenmemiştir. Dolayısıyla anayasallık denetiminde referans norm olmaya elverişli Anayasada pek az madde vardır. Bu nedenle Fransız Anayasa Konseyinin anayasallık denetiminde, 1958 Anayasası metninin dışında birçok ölçü norma da ihtiyacı vardır. Anayasa Konseyi de bu ihtiyacı 1958 Anayasasının başlangıç kısmından

4 Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*[I] Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1971: 29; (FAVOREU / PHILIP), 1993: 255-257.

5 Bunların listesi için bkz. (FAVOREU / PHILIP, 1993: 258-259).

6 Conseil constitutionnel, Décision n° 60-8 DC du 11 août 1960, *Redevance Radio-Télévision*, in (FAVOREU / PHILIP, 1993: 84); Décision n° 79-110 DC du 24 ve 30 décembre 1979, *Vote de Budget*, in (FAVOREU / PHILIP, 1993: 396).

yola çıkarak gidermeye çalışmıştır. Bunu yaparken, kendi tercihinin göre referans normlar oluşturmaktan kaçınmıştır. Anayasa Konseyi anayasallık denetiminde kullandığı referans normları, dolaylı bir şekilde de olsa, pozitif bir temele dayandırmaya özen göstermiştir. Yukarıda anayasallık bloğu içinde saydığımız ve 1958 Anayasasının metni içinde yer almayan diğer ölçü normlar pozitif temellerini 1958 Anayasasının Başlangıcında ve bu Başlangıcın gönderme yaptığı 1946 Anayasasının Başlangıcında bulmaktadır.

Fransa'da pozitif temele sahip olmayan kurallar ve ilkeler anayasallık bloğuna dahil değildir. Örneğin uluslararası hukuk normları.i.normes du droit international;⁷ ile "hukukun genel ilkeleri (*principes généraux du droit*)" (LAVROFF, 1995: 176; TURPIN, 1986: 74; ROUSSILLON, 1994: 54) anayasallık bloğunun bir parçası değildir⁸.

Anayasallık bloğu kavramı, bizzat bu kavramın mucidi Louis Favoreu (1992: 89) tarafından gözlemlendiği gibi, 1990'lı yıllarda önemini yitirmiştir. Artık Fransa'da "anayasallık bloğu" kavramından ziyade, doğrudan "anayasa" kavramı kullanılmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi de bu gelişmeye paralel olarak, 1970'lerin ikinci yarısından bu yana, kararlarının başlangıcında sadece "Anayasaya göre (*Vu la Constitution*)" formülünü kullanmaktadır. Oysa aynı Konsey, 1970'ten 1975'e kadar, kararlarının başlangıcında "Anayasa ve özellikle onun Başlangıcına göre... (*Vu la Constitution et notamment son Préambule*)" formülünü kullanmakta idi (FAVOREU, 1992: 89).

Yukarıda görüldüğü gibi Fransa için anayasallık bloğu kavramının bir fonksiyonu vardır. Zira Fransa'da kanunların üstünde bulunan normlar çeşitlidir. Bunların anayasallık bloğu adı altında toplanmasında yarar vardır. Ama her halükarda bu anayasallık bloğuna dahil normların hepsinin pozitif hukukî temele sahip olduğunu ve pozitif temelden mahrum bir takım tabii hukuk ilkelerinin anayasallık bloğu kavramının içine sokulmadığını tekrar belirtelim. Diğer yandan yine yukarıda açıklandığı gibi, bu kavramın kullanılması 1990'lardan itibaren azalmıştır. Bunun yerine doğrudan "anayasa" kavramı kullanılmaktadır.

Pierre Vardernoot (1990:71)'un belirttiğine göre, anayasallık bloğu kavramı Belçika'da kullanılmamaktadır. Zira Belçika anayasa hukuku esas itibarıyla yazılıdır ve kaynağını aynı Anayasanın metninden almaktadır.

7 Conseil constitutionnel, décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1975: 19. Bkz. (FAVOREU / PHILIP, 1993: 295-319; FAVOREU, 1988: 74-75). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, 92-308 DC sayı ve 9 Nisan 1992 ve 92-312 DC sayı ve 2 Eylül 1992 tarihli kararlar ile bir içtihad değişikliği yapıp yapılmadığı sorunu doktrinde ortaya atılmıştır. Bu konuda bkz. (LAVROFF, 1995:186-188; FFAVOREU / PHILIP, 1993: 808-809; ROUSSEAU, 1993: 105-108; PICART, 1993: 47-54; ROUSSILLON, 1994: 58-59; GENEVOIS, 1992: 949).

8 Aşağıda bu konuya ayrıntılarıyla değinilecektir.

Anayasallık bloğu kavramı, Fransa'da artık terk edilirken, Fransa'nın komşusu olan ve aynı kültürü büyük ölçüde paylaşan ülkelere girmemişken, her nedense, ülkemizde rağbet bulmuştur. Aşağıda açıklanacağı üzere Türkiye'de bu kavrama gerek yoktur. Bir kere Türk Anayasasının metninde zaten oldukça geniş hak ve özgürlükler listesi vardır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin elinde bizzat Anayasanın maddelerinden oluşan yeterince ölçü norm vardır. Fransa'da olduğu gibi anayasanın metninin dışında yer alan başka metinlere gitmeye gerek yoktur. Kaldı ki Türkiye'de Anayasa Mahkemesi istese de Anayasanın dışına çıkamaz, çünkü Türk Anayasası kendi içine kapalı bir anayasadır. Fransız Anayasasında olduğu gibi önceki bir anayasanın başlangıcına veya 1789 Bildirgesi gibi eski bir hak ve özgürlükler bildirgesine gönderme yapmamaktadır. Anayasa, kendisi dışında bir başka belgeye atıf yapmadığı için, Türk Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası dışında bir metni veya ilkeyi anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanamaz.

Zaten Türkiye'de anayasallık bloğu tartışmalarına bakılırsa, bunun hiç de Fransa'daki gibi masum tartışma olmadığı, Anayasa Mahkemesine, Anayasanın dışında yer alan, pozitif temelden tamamen mahrum bir takım ilkeleri anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullandırmayı hedeflediğini görürüz. Türkiye'de bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların sadece 1982 Anayasasına uygunluğunun denetlemesini yetersiz bulmaktadırlar. Onlar kanunların, uluslararası hukuk normlarına ve "hukukun genel ilkelerine" uygunluğun da Anayasa Mahkemesi tarafından denetletmesini istemektedirler. Anayasa Mahkemesini bu yolda ikna etmek için de kullandıkları sihirli kavram anayasallık bloğu kavramıdır.

II. TÜRKİYE'DE ANAYASALLIK BLOĞU KAVRAMI

Türkiye'de anayasallık bloğu kavramı önceleri Erdoğan Teziç (1986: 28) ve Bakır Çağlar (1987: 169, 176, 178-179), tarafından kullanılmıştır. Ülkemizde, "anayasallık bloğu" üzerine Necmi Yüzbaşıoğlu (1993) tarafından bir de monografi yayınlanmıştır. Yılmaz Aliefendioğlu (1996: 95), anayasallık bloğu terimi yerine, aynı anlamda "ölçü normlar bloku" terimini kullanmaktadır. Nihayet, Ergun Özbudun da, kitabında "anayasa uygunluk denetiminde ölçü normlar" başlığının yanına parantez içinde "anayasallık bloku" ibaresini koyup bu konuyu işlemektedir (ÖZBUDUN, 1995: 353). Böylece "anayasallık bloğu" kavramının Türk anayasa hukuku doktrinine büyük ölçüde yerleşmiş bir kavram olduğunu söyleyebiliriz.

Türkiye'de anayasallık bloğu üzerine en geniş çalışmayı yapmış olan Necmi Yüzbaşıoğlu'na göre, anayasallık bloğunun içeriği şu kural ve ilkelerden oluşmaktadır:

- 1- Başlangıçta ifade edilen ilkeler (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 116-129)

2-Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 131-187)

3-Atatürk ilke ve inkılâpları (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 81-104)

4-Uluslararası hukuk kuralları (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 25-78)

5-Hukukun genel ilkeleri (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 18-25)

Şüphesiz, eğer bir anayasallık bloğu diye bir şey varsa, buna her şeyden önce, 1982 Anayasasının bütün maddelerinin dahil olması gerekir. Yukarıda gördüğümüz gibi Fransız yazarlar özenle, anayasallık bloğunun içeriğinde birinci sırada 1958 Anayasasının maddelerini saymaktadırlar. Türk anayasa hukuku doktrininde ise, ilginçtir; anayasallık bloğuna her nedense 1982 Anayasasının maddelerin ilave edilmesi unutulmaktadır veya en azından Anayasasının maddelerinin de anayasallık bloğuna dahil olduğunun söylenmesi ihmal edilmektedir⁹. Örneğin Ergun Özbudun (1995: 354-359), "anayasallık bloku" konusunu üç başlık altında incelemektedir: "1. Milletlerarası Hukuk Kuralları"; "2. Hukukun Genel İlkeleri"; "3. Atatürk İlkeleri ve İnkılâpları".

Başlangıçta belirtilen ilkelerin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabileceğinden şüphe yoktur. Zira 1982 Anayasasının 176'ncı maddesine göre, Anayasanın başlangıç kısmı Anayasanın metnine dahildir. O halde Anayasa Mahkemesi bir kanunun başlangıca uygunluğunu denetleyebilir. Başlangıçta geçen bazı ilkelerin nispeten belirsiz olması onların normatif niteliğini ortadan kaldırmaz. Zira Anayasa Mahkemesi bu belirsiz olduğu düşünülen kavramların içeriklerini belirginleştirebilir. Örneğin millî felaketler konusunda çıkarılacak bir kanunu Anayasanın başlangıç kısmında geçen "Türk vatandaşlarının sevinç ve kederde... ortak olduğu" yolundaki hükme dayanarak denetleyebilir. Başlangıç kısmında geçen birçok kavramın içeriği belirsiz de olsa, bunlar pozitif niteliktedir; anayasallık denetiminde ölçü norm görevi üstlenebilirler.

Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan Cumhuriyetin temel niteliklerine ilişkin ilkeler de anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilir. Bunlar da anayasanın bir hükmüdürler. Pozitif değere sahiptirler.

Atatürk ilke ve inkılâpları konusunda bir ayırım yapmak gerekir. Atatürk ilkelerinden bazıları (cumhuriyetçilik, laiklik, milliyetçilik), 1982 Anayasasında ayrıca kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasada kabul edilen bu ilkeleri ölçü norm olarak kullanılabileceğinden şüphe yoktur. Bunlar pozitif anayasal değere sahiptir.

Atatürk ilkelerinin bir kısmı (devletçilik, halkçılık) ise, 1982 Anayasası tarafından ayrıca ve açıkça bir temel ilke olarak kabul edilmemiştir. Anayasamız

⁹ Örneğin (YÜZBAŞIOĞLU, 1993: *passim*; ÖZBUDUN, 1995: 353-359; ÇAVUŞOĞLU, 1997: 140-144.

tarafından ayrıca ve açıkça kabul edilmeyen Atatürk ilkeleri, anayasallık denetimde ölçü norm olarak kullanılabilir mi? Türk anayasa hukuku doktrini bu soruya olumlu cevap vermekte zorlanmıştır (örneğin ÖZBUDUN, 1995: 358). Kanunca Anayasada ayrıca ve açıkça kabul edilmemiş olan Atatürk ilke ve inkılapları konusunda da tereddüde yer yoktur. Zira Anayasamızın başlangıç bölümünde ve daha birçok maddesinde (m.42, 58, 81, 134), "Atatürk ilke ve inkılapları" ifadesi geçmektedir. Dolayısıyla 1982 Anayasası ortamında Atatürk ilke ve inkılaplarının pozitif bir değere sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Atatürk ilkelerinin neden ibaret olduğu Anayasa metninde düzenlenmemiştir. Anayasada geçen ifade, sadece "Atatürk ilke ve inkılapları" ifadesidir. O nedenle, tarihsel olarak bildiğimiz "Atatürk ilke ve inkılapları"nın hukukî değerini tartışmanın bir anlamı yoktur. Hukukî değere sahip olan tek ifade "Atatürk ilke ve inkılapları" ifadesidir. Bu ifadenin ne anlama geldiğini söyleyecek organ ise, yeri geldiğinde, Anayasa Mahkemesidir.

Özetle, Anayasanın Başlangıç kısmında ifade edilen ilkeler, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler, Atatürk ilke ve inkılapları pozitif hukukî değere sahiptir. Zira bunlar Anayasa metninde geçmektedir. Bu nedenle bunların anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılabilirdiğinden ve anayasallık bloğuna girdiklerinden şüphe yoktur.

Ancak, yukarıda listede yer alan uluslararası hukuk normlarının ve hukukun genel ilkelerinin pozitif kaynakları yoktur. Anayasa metninde geçmemektedirler. Anayasanın her hangi bir yerinde de Anayasa Mahkemesi kanunların uluslararası hukuk normlarına veya hukukun genel ilkelerine uygunluğunu denetleyebileceği yolunda bir kayıt yoktur. Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasallığını denetlerken bu kural ve ilkelerin ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağını ve dolayısıyla anayasallık bloğuna dahil olup olmadıklarını ayrıca tartışmak gerekir.

A. Uluslararası Hukuk Kuralları Anayasallık Bloğuna Dahil midir?

Türk doktrininde anayasallık bloğuna dahil edilmek istenen ve pozitif anayasal temele sahip olmayan kurallardan birinci grubunu uluslararası hukuk kuralları oluşturmaktadır¹⁰.

10 Anayasamızın 15, 16, 42 ve 92'nci maddelerinde uluslararası hukuka açık yollamalar vardır. Bu yollamaların olduğu alanda uluslararası hukuk kuralları pozitif temele sahiptir. Bu durumlarda uluslararası hukuk kuralları Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü norm olarak kullanılabilir ve dolayısıyla anayasallık bloğuna dahildirler. Bizim yukarıdaki tartışmamız, böyle bir göndermenin yapılmadığı durumlar içindir.

Ancak Türkiye'deki uluslararası hukuk normlarının anayasallık bloğuna dahil olup olmadığı yolundaki tartışma genel uluslararası hukuk normlarının değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda olmaktadır¹¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin anayasallık bloğuna dahil olduğunu savunan yazarlar, genel olarak uluslararası hukuk normlarının Türk normlar hiyerarşisindeki yeri üzerinde pek durmazlar. Aslında bu yazarlara göre, söz konusu Sözleşmenin Türk kanunlarından üstün olmasının iki nedeni vardır. Birincisi bu Sözleşmenin "insan haklarına" ilişkin olması, ikincisi ise bir "Avrupa" sözleşmesi olmasıdır. Bu iki sebep de hukuk mantığı ile alakasız, siyasi ve ideolojik sebeplerdir. Eğer bu Sözleşme insan haklarına ilişkin bir Avrupa Sözleşmesi olmasaydı, bu yazarlar, uluslararası sözleşmelerin Türk kanunlarına üstünlüğünü pek muhtemelen savunmazlardı¹².

1982 Anayasasının 90'ıncı maddesine göre usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Anayasanın açık sözünden hareket eden Türk doktrininde Seha L. Meray (1968: 132), Tahsin Bekir Balta (1970: 278) ve Hüseyin Pazarıcı (1985: 31) gibi, bir grup yazara göre, uluslararası andlaşmalar iç hukukta normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede bulunurlar. Kanunla bir andlaşma arasında bir çatışma varsa, bu çatışma *lex posterior derogat legi priori* esasına göre çözümlenir.

Türk doktrininde Mümtaz Soysal (1986: 16), Edip Çelik (1988: 50-51), Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük (1996: 20), Tekin Akıllıoğlu (1991: 41-42), İbrahim Ö. Kaboğlu (1994: 79; 1996: 123), Süheyl Batur (1990: 32-33'ten nakleden YÜZBAŞIOĞLU, 1993: 55) ve Necmi Yüzbaşıoğlu (1995: 57-61) tarafından savunulan ikinci bir görüşe göre ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normları, Türk kanunlarının üstünde bir değere sahiptir. Dolayısıyla, bu görüşteki yazarlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk anayasallık bloğuna dahil olduğunu şu ya da bu şekilde düşünmektedirler. Bu yazarlardan bazılarında açık ya da üstü örtülü bir şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aykırı Türk kanunlarının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği fikri

11 Örneğin, İbrahim Ö. Kaboğlu (1994:79)'na göre, "uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, anayasaya uygunluk denetiminde genel olarak, uluslararası andlaşmaları aşan özelliği, onların anayasal düzeyde referans metinler olarak kullanılmasını gerekli kılar". Aynı yönde, Kaboğlu (1996: 123) "insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, diğerlerinden [insan haklarına ilişkin olmayan andlaşmalardan] ayırdedilerek yoruma tâbi tutul"duğunu gözlemlemektedir.

12 Profesör Mümtaz Soysal'ın, 1986'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hukukî değeri konusunda belirli bir görüşü savunurken (SOYSAL, 1986: 5-18), 1997'de İslam ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Andlaşması hakkında oldukça farklı bir görüşü (SOYSAL, 1997: 171-187) savunması yukarıdaki görüşümüzü destekler niteliktedir.

vardır. Bu yazarlara göre, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarını anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanabilir.

Görüşümüz¹³.- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk anayasallık bloğuna dahil olması demek, bu Sözleşmenin Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstünde, anayasa düzeyinde yer alması demektir. Diğer bir ifadeyle, eğer Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anayasallık bloğuna dahil ise bu Sözleşme ile Türk kanunları arasında hiyerarşi vardır. Oysa iki norm arasında hiyerarşi olabilmesi için, bunların arasında *geçerlilik ilişkisi* olması gerekir. Örneğin kanunlar ile anayasa arasında hiyerarşi vardır; çünkü, kanunlar geçerliliklerini anayasadan almakta, anayasanın öngördüğü organ ve usullerle yapılmaktadırlar. Türk kanunlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir geçerlilik ilişkisi yoktur. Türk kanunları geçerliliklerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden değil, Türk Anayasasından alırlar. O halde Türk kanunları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında hiyerarşi de yoktur. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk anayasallık bloğuna dahil değildir.

Uluslararası andlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisindeki yerini her ülkenin kendi anayasası belirlemektedir. Birçok ülkede uluslararası andlaşmalar kanun değerindedir. Kimi ülkelerde ise kanunlar ile anayasa arasında bir değere sahiptir. Bazı istisnaî ülkelerde ise uluslararası andlaşmalar anayasal değerdedir. Örneğin Hollanda da bu böyledir. Ancak, Hollanda Anayasasının 63'üncü maddesine göre, böyle bir andlaşmanın Parlâmentonun iki Meclisinin üyelerinin üçte ikisi tarafından onaylanması gerekir.

Fransa'da ise 1958 Anayasasının 55'inci maddesine göre, uluslararası andlaşmalar kanunların üstünde bir değer taşır. Ancak, Fransa'da uluslararası andlaşmalar ile Fransız Anayasası arasında çatışma çıkmasını önleyici bir sistem kurulmuştur. Fransız Anayasasının 54'üncü maddesine göre, "Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanlarından biri veya 60 milletvekili veya senatörün başvurusu üzerine Anayasa Konseyi bir uluslararası andlaşmanın, Anayasaya aykırı bir hüküm taşıdığına karar verirse, andlaşmayı onaylama veya onaylamayı uygun bulma yetkisi, ancak gerekli anayasa değişikliklerinden sonra kullanılabilir".

Türkiye'de Anayasayı değiştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisinin veya beşte üçünün kabul oyu gerekir. Beşte üç ile kabul edilmişse, zorunlu olarak referanduma da gidilmelidir. Oysa Türkiye'de

13 Biz bu konudaki görüşümüzü, 6-7 Aralık 1998 tarihinde TODAİE tarafından düzenlenen *Türkiye'de İnsan Hakları Sempozyumunda* daha önce ayrıntılarıyla açıkladığımız için burada sadece özet olarak veriyoruz. Bu konudaki görüşümüz için bkz: (GÖZLER, 1999: çıkacak).

bir uluslararası andlaşmayı onaylamak için nitelikli bir çoğunluk öngörülmemiştir. Keza uluslararası andlaşmaların Türk Anayasasına uygunluğunu sağlayacak bir mekanizma da Türk anayasal sisteminde yoktur. Bir uluslararası andlaşmanın onay kanunu ile anayasallık bloğuna dahil edilmesi Anayasanın katılığını ve dolayısıyla üstünlüğünü sarsar. Eğer Türkiye'de uluslararası andlaşmaların anayasallık bloğuna dahil olması isteniyorsa, bunların onaylanması için, Hollanda örneğinde olduğu gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun kabul oyu aranması yönünde anayasa değişikliği yapılmalıdır.

- Uluslararası Hukukun üstünlüğü Prensibinden Uluslararası Hukuk Normlarının Anayasallık Bloğuna Dahil Olduğu Sonucu Çıkarılabilir mi?

Uluslararası hukuk normlarının anayasallık bloğuna dahil olduğu görüşünü kanıtlamak için kullanılan diğer bir argüman da uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü prensibidir.

Bazı yazarlar, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesinden yola çıkarak, Türk kanunlarının uluslararası hukuk normlarına aykırı olamayacağını, aykırı olan kanunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

Kanımca, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü prensibinden, uluslararası hukuk normlarına aykırı iç hukuk normlarının geçersizliği sonucu çıkarılamaz. Zira, bir normun "uluslararası geçerliliği (*validité internationale*)" ile "iç geçerliliği (*validité interne*)" birbirinde farklıdır (CARREAU, 1991: 41). Uluslararası yargı organları bir ulusal normun uluslararası hukuka aykırılığını gözlemlediklerinde, sadece bu normun uluslararası düzeyde "ileri sürülemez (*inopposable*)" olduğunu tespit etmektedirler. Böyle bir norm, uluslararası geçersizlikle malû olsa da, iç geçerliliğini bütünüyle korumaktadır (CARREAU, 1991: 41)¹⁴.

Bir iç hukuk normunun uluslararası hukuka aykırı olmasının müeyyidesi, bu normun uluslararası düzeyde ileri sürülememesi (*inopposabilité*) ve gerekiyorsa, böyle bir normu koyan devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasıdır. Ancak uluslararası düzeyde ileri sürülemez bir norm koyan devletin, bu normu uluslararası hukuka uydurmak için onu ilga etmek veya değiştirmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Eğer devletin bu bakımdan

¹⁴ Uluslararası hukukun üstünlüğü tezini savunan Hans Kelsen de tamamen aynı şeyi söylemektedir: "Bizatihi uluslararası hukuk kendisine aykırı olan devlet işlemlerinin geçersizliğini ilan etmez. Keza, uluslararası hukuk henüz sakat olan işlemlerin bir uluslararası mahkeme tarafından iptal edileceği bir usûl de henüz hazırlamamıştır. Dolayısıyla bir iç hukuk usûlü sonucunda iptal edilmedikçe geçerli kalırlar" (KELSEN, 1928: 212).

uluslararası sorumluluğu doğacaksa, genellikle bir miktar tazminatın ödenmesi uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine saygıyı gerçekleştirmeye yetecektir. Böyle bir halde, ulusal norm, uluslararası düzeyde ileri sürülemez olarak kalsa da, iç hukuk bakımından geçerli olmaya devam edecektir (CARREAU, 1991: 51)¹⁵.

Oysa yazarlar, bir Türk kanununun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olmasından dolayı, yani dış geçerliğinin sakat olmasından dolayı Türk Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi gerektiği yolunda üstü örtülü düşünceler ileri sürmektedirler. Anayasa Mahkemesi kanunların iç geçerliliğini denetlemektedir. Bir iç yargı organı, uluslararası geçerliliğinin sakat olmasından hareketle bir iç hukuk işlemini iptal edemez. Bir devletin iç yargı organları geçerli hukuk kurallarını uygulamakla yükümlüdürler. Eğer bir gün yukarıdaki düşünceleri izleyerek Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle bir kanunu iptal ederse, Türk kanunlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir hiyerarşi kurulmuş olur. Bu iptal kararı, Türk kanunlarının geçerliliklerinin artık, Türk Anayasasından değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklandığı anlamına gelir ki, bu Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi marifetiyle üniter niteliğinden vazgeçip "Avrupa İnsan Hakları Federal Devleti"ne tek taraflı olarak iltihakı anlamına gelir. Mahkeme marifetiyle böyle tek-taraflı bir iltihak Dünya hukuk literatüründe büyük bir yenilik oluşturacaktır. Türkiye'nin üniter niteliğinden vazgeçip bir federasyona iltihakı, Türkiye Cumhuriyetinin egemen bir devlet olarak sonu demektir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk anayasallık bloğuna dahil değildir. Anayasamızın 90'ıncı maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk hukuk düzeni bakımından kanun değerindedir. İç hukukumuz bakımından bir kanun gibi uygulanır. Dolayısıyla *iç hukuk tekniği açısından* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, anayasallık bloğuna dahil bir norm olarak değil, kanun düzeyinde yer alan bir norm olarak işleme tâbi tutulur. O halde kanunların anayasaya

15 Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bazen uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamak için iç hukuk normunun değiştirilmesi kaçınılmazdır. Zira ancak sadece bu yolla bazı durumlarda tazmin sağlanabilir. Örneğin Fas'taki Uyrıklar (*ressortisant au Maroc*) (1952) davasında Fransa için Uluslararası Adalet Divanı Kararına uymanın tek yolu yürürlükteki düzenlemeyi değiştirmekten ibaretti (CARREAU, 1991: 51-53). Keza, bu tür durumlara, topluluk hukukunda çok sık rastlanır. Bilindiği gibi, eğer Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bir millî normun topluluk hukukuna aykırı olduğunu beyan ederse, ilgili devlet, kendi iç hukuk düzeninde, bu aykırılığı gidermek için, söz konusu normun ilgası veya değiştirilmesi de dahil olmak üzere, gereken tüm tedbirleri almalıdır (CARREAU, 1991: 52). Bu istisnai hallerde dahi, bir defa daha altını çizelim ki, uluslararası yargıç iç normun geçersizliğine bizzat hükmetmemektedir. Bu nedenle bu istisnai durumlar da yukarıdaki tezimizi çürütmemektedirler.

uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi kanunların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluğunu denetleyemez. Ama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bu kanun hükümleri *uluslararası planda* geçersizdirler. Yani Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yaptığı taahhütlerden kurtulmak için kendi kanun hükümlerini *Strasbourg organları nezdinde* ileri süremez. Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bu düzenlemeler yüzünden Türkiye'nin *uluslararası sorumluluğu* doğabilir. Diğer bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı kanun yapmanın müeyyidesi bu kanunun iç hukuk bakımından geçersizliği ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptali değil; uluslararası hukuk bakımından geçersizliği ve Türkiye'nin uluslararası sorumluluğunun doğmasıdır.

B. Hukukun Genel İlkeleri Anayasallık Bloğuna Dahil midir?

Fransa'da ve bizde bazı yazarlar, "hukukun genel ilkeleri (*principes généraux du droit*)" ni de anayasallık bloğuna dahil etmek istemektedirler. Fransa'da bazı yazarlar (örneğin LAVROFF, 1995: 176; TURPIN, 1986: 74; ROUSSILLON, 1994: 54) bu ilkelere, "anayasal değerlerde ilkeler (*principes de valeur constitutionnelle*)" ismini vermektedir. İsmi ne olursa olsun, bu tür ilkelerin pozitif kaynağı yoktur. Ancak, bunların anayasallık bloğuna dahil olduğu iddia edilmektedir.

Fransa'da Anayasa Konseyi 1979 yılında verdiği iki kararda¹⁶ "hukukun genel ilkesi" olarak, "kuvvetler ayrılığı" ve "kamu hizmetinin devamlılığı" ilkelerine, bunların içinde yer aldığı metin kaynağını belirtmeden atıfta bulunmuştur. Bu kararlar ile Louis Favoreu gibi bazı yorumcular, anayasallık bloğunun yeni bir unsuru olarak, "anayasal değerlerde hukukun genel ilkeleri"nin ortaya çıktığını sanmışlardır (FAVOREU/PHILIP, 1993: 433).

Fransız Anayasa Konseyinin bu kararlarından bu sonuç çıkarılamaz, Zira Georges Vedel (1989: 51; 1993: 82-83; 1984: 387)'in isabetle gösterdiği gibi, söz konusu iki genel ilke, anayasal metinlere bağlanabilir. Ancak, Anayasa Konseyi geçmişte bazen bu prensiplerin dayandığı metinleri ayrıca ve açıkça belirtmeyi unutmuş veya ihmal etmiştir. Nihayet, bizzat Louis Favoreu (1992: 88; 1988: 71-73)'nün gözlemlediği gibi, Fransa'da 1980'lerden itibaren anayasal değerlerde hukukun genel ilkeleri anayasallık bloğundan kesin olarak dışlanmıştır (Bu tartışma için ayrıca bkz. (GENEVOIS, 1988: 98-100, 203-204).

Görüldüğü gibi, Fransa'da "hukukun genel ilkeleri" kavramı Anayasa Konseyi tarafından istisnaî olarak sadece *iki defa* olarak kullanılmış ve bu

¹⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1979: 27-30; Conseil constitutionnel, n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1979: 33.

ilkelerden bir daha bahsedilmemiştir. Buna rağmen, Fransız anayasa hukukunu Türk okuyucusuna tanıtan önemli yazarlardan biri olan İbrahim Ö. Kaboğlu (1994: 81; 1991: 306-307), Fransa'da Fransız Anayasa Konseyinin "anayasal değerlerde genel ilkeler kategorisini yarattığını" ve bu kategorinin Fransa'da genel olarak kullanıldığı gibi yanlış bir izlenim yaratmaktadır.

Pierre Vandernoot (1990: 71)'un belirttiğine göre, Belçika'da da hukukun genel ilkelerinin hiçbir zaman anayasa veya yazılı bir kanun karşısında üstün gelemeyeceği kabul edilmektedir¹⁷.

Hollanda'da da kanunların hukukun genel ilkelerine uygunluğunun denetlenip denetlenemeyeceği sorunu tartışılmıştır. Hollanda Yüksek Mahkemesi, *Harmonisation Act Case* (HR 14 Nisan 1989, NJ 1989, 469)'de dava konusu Kanunun (*Harmonisation Act*) bazı kısımlarının hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiği "hukukî kesinlik (*legal certainty*)" ilkesine aykırı olduğunu tespit etmiş; ancak kendisinin bu konuda yasama organını düzeltme yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir (LUBBERDINK, 1990: 203). Yüksek Mahkemeye göre, kanunların hukukun genel ilkelerine uygunluğunun sağlanması, mahkemelerin değil, yasama organının sorumluluğuna girmektedir (LUBBERDINK, 1990: 203).

Kanımızca, hukukun genel ilkelerinin geçerliliği sorununu, hukuk normlarının geçerliliği şartları açısından incelemek gerekir. Bu ilkeler, hukuk normlarının geçerliliği şartlarını taşıyorlarsa geçerlidirler; yok eğer taşıyorlarsa hukukî değerden yoksundurlar. O halde, anayasallık bloğuna dahil olduğu iddia edilen hukukun genel ilkelerini, "hukukî geçerlilik (*validité juridique*)" testine tâbi tutalım.

Bunun için öncelikle hukuk normlarının geçerliliği şartlarını görmek gerekir. Ancak bu şartları burada incelemek konumuzu aşar. Biz hukuk normlarının geçerliliği şartları konusunda *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* başlıklı çalışmamıza (GÖZLER, 1998) yollama yaparak, orada ulaştığımız sonuçlara göre, bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olması için şu koşulları yerine getirmesi gerektiğini söyleyelim:

1. **Maddî Varlık:** Bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için her şeyden önce o işlemin maddeden var olması gerekir. Maddî varlık ile o işlemin somut taşıyanının, yani bir belgenin, tek kelimeyle bir instrumentum'un varlığı anlatılmak istenmektedir (GÖZLER, 1998: 27).

2. **Normatiflik:** Hukuk normlarının geçerliliğinin ikinci şartı normatifliktir. Normatiflik, bir işlemin bir emir, yasak veya izin içermesi demektir. Ancak bu

17 Vandernoot kaynak olarak şu mahkeme kararlarını zikretmektedir: Cass. 4 Nisan 1984, R.G., nos 2910 ve 3263, Pas., 1984, I, no 448; R.D.P.C., 1984, s.69; C. Arb. Arrêt du 29 janvier 1987.

emrin, yasağın veya iznin konusu bir beşerî davranış olmalı; ve bu emir, yasak veya izin yine beşerî irade tarafından konulmuş olmalıdır (GÖZLER, 1998: 28-41).

3. *Hukukîlik*: Hukukîlik, bir hukuk normunu diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanır. Hukuk düzenine hukukîlik vasfını veren şey, bu düzenin beşerî davranışın cibrî düzeni olmasıdır (GÖZLER, 1998: 41-53).

4. *Aidiyet*: Bir normun, hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için o normun belirli bir hukuk düzenine ait olması gerekir. Bunun için ise, o normun, kendisinden üst bir normun öngördüğü usûlle konulmuş olması gerekir (GÖZLER, 1998: 89).

5. *Minimum Etkililik*: Yukarıdaki dört koşulu taşıyan norm hukuken geçerlidir. Ancak geçerliliğini yitirmemesi için minimum bir etkililiğe de sahip olması gerekir. Hiç uygulanmamış ve kendisine hiç uyulmamış bir norm yukarıdaki dört koşulu taşısa da geçerli değildir. Böyle bir norm metrukiyete düşmüştür (GÖZLER, 1998: 88-89).

Şimdi bu koşullar açısından hukukun genel ilkelerinin geçerliliğini araştıralım.

Kanımızca, anayasallık bloğuna dahil olduğu iddia edilen hukukun genel ilkeleri bu koşullardan ilkin, yani maddî varlık koşulunu bile yerine getirememektedir. Zira hukukun genel ilkeleri hiçbir hukukî belgede, metinde yer almazlar. Onların *instrumentum*'unu ihdas etmek tamamen imkansızdır. Bu prensipler nerede bulunmaktadır? Onların içeriğini nasıl tanıyabiliriz? Hangi belgeye, hangi resmî gazeteye, hangi düstura bakarak onları saptayabiliriz? Bu sorulara bir cevap verilemez. Çünkü bu prensipler herhangi bir yerde kayıtlı değildir.

Özetle, "hukukun genel ilkeleri" hukukî değerden yoksundurlar; zira hukukî geçerliliğin birinci şartı olan maddî varlık şartını bile yerine getirememektedirler. Madden mevcut olmayan bu prensipler, bırakınız anayasal değerde olmayı, herhangi bir hukukî değere de sahip değildir. Bu prensipler hukukî geçerliliğin ilk koşulunu bile yerine getirmediklerinden, hukukî geçerliliğin diğer koşullarını yerine getirip getirmediğini ayrıca araştırmak gereksizdir. Zira bu koşullar alternatif değil, kümülatiftir.

Sonuç olarak, anayasallık bloğuna dahil olduğu iddia edilen hukukun genel ilkeleri, maddî varlık koşulunu yerine getiremediklerinden hukukî değerden mahrumdurlar.

Hukukun genel ilkelerinin anayasallık bloğuna dahil olduğu tezi, sanıldığı gibi masum bir doktrinal spekülasyon değildir. Bu tezin bir *pratik*

sonucu vardır. Eğer Anayasa Mahkemesi anayasallık bloğuna dahil bir takım hukukun genel ilkeleri bulunduğuna inanırsa, bu ilkelere aykırı gördüğü kanunları iptal edebilecektir. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi, kendisine bu yönde yapılan telkinlere kapılır ve bir kanunu 1982 Anayasasında yazmayan bir hukukun genel ilkesine dayanarak iptal ederse, o gün Anayasa Mahkemesi, meşruluğunu yitirecektir. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi sadece yasama iktidarını değil, aynı zamanda kurucu iktidarı da gasbetmiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi kurulmuş bir organ olmaktan çıkacak, kurucu bir organ haline gelecektir. Anayasa Mahkemesi üyeleri de o gün ellerine aslı kurucu iktidarı geçirmiş olacaklardır. Aslı kurucu iktidarın kullanılması, hukukî anlamda devrim demektir. Şüphesiz bir hukuk düzeni, devrimin tersidir; ona imkan tanımamalıdır.

Türk Anayasa Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda hukukun genel ilkesi olarak birtakım ilkelerden bahsetmiştir. Necmi Yüzbaşıoğlu (1993:23)'nin tespitlerine göre, bu ilkelerden bazıları şunlardır:

- İyi niyet ilkesi,
- Ahde vefa ilkesi
- Kazanılmış haklara saygı ilkesi
- Kanunların geriye yürümezliği ilkesi
- Kesin hükme saygı ilkesi
- Devlete güven ilkesi
- Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesi
- Özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi.

Yukarıda listesi verilen ilkeler incelendiğinde, bunlardan bazılarının apaçık anayasada bulunduğu, diğer bazılarının ise anayasada bulunan ilkelere, örneğin hukuk devleti ilkesine kolaylıkla bağlanabileceği gözlemlenebilir. O halde Anayasa Mahkemesinin hukukun genel ilkeleri olarak bahsettiği ilkeler konusunda, Georges Vedel'in Fransız Anayasa Konseyi kararlarında geçen hukukun genel ilkelerine ilişkin yaptığı yorumu Türk Anayasa Mahkemesi için de tekrarlayabiliriz: Anayasa Mahkemesi kararlarında "hukukun genel ilkesi" olarak bahsedilen ilkeler anayasal metinlere bağlanabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi bazen bu prensiplerin dayandığı metinleri ayrıca ve açıkça belirtmeyi unutmuş veya ihmal etmiştir.

- Bağımsız Ölçü Norm - Destek Ölçü Norm Ayrımı

Türk doktrininde gittikçe artan oranda Anayasa Mahkemesi kullandığı ölçü normlar arasında "bağımsız ölçü normlar-destek ölçü normlar" ayrımı

yapılmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk defa Erdoğan Teziç (1986: 29), 1985'te, *Anayasa Yargısı* sempozyumunda, Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukuk kurallarından, "başı başına referans norm olarak değil, *destekleyici, teyid edici* olarak" yararlandığını belirtmiştir. Necmi Yüzbaşıoğlu (1993: 61, 63)'na göre de, Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini bağımsız ölçü norm olarak değil, destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Yine Yüzbaşıoğlu (1993: 21-22)'na göre, Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerini bağımsız ölçü norm olarak değil, destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Keza, İbrahim Ö. Kaboğlu (1994: 79) da, Anayasa Mahkemesinin "uluslararası hukuk kurallarını bağımsız ölçü norm olarak değil, ancak 'destek ölçü norm' olarak kullanmakta" olduğunu gözlemlemektedir. Aynı gözlemi, Yılmaz Aliefendioğlu (1996: 102) da yapmaktadır.

Kanaatimizce, "destek ölçü norm" kavramı, uluslararası hukuk normlarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dolaylı bir şekilde de olsa katmayı arzulayan doktrin tarafından uydurulmuş bir kavramdır. Zira, uluslararası hukuk normlarının ve hukukun genel ilkelerinin anayasallık bloğuna dahil olduğunu kanıtlamak için Anayasa Mahkemesinin bir kanunu, bu normlar ve ilkelere dayanarak iptal ettiğini göstermek gerekecektir. Bunu gösteremeyen doktrin, Anayasa Mahkemesi kararlarının *obiter dictum*'larını bize "destek ölçü norm" olarak takdim edip, bunları anayasallık bloğuna ithal etmeye çalışmaktadır.

Kanımızca, "bağımsız ölçü norm - destek ölçü norm" ayrımı isabetsizdir. Hukuk mantığı biçimseldir. Önergeler mantığında olduğu gibi, hukuk mantığında da bir şey ya doğrudur, ya yanlıştır. Doğru ile yanlış arasında orta bir yol yoktur. Keza hukuk düzeninde bir norm ya vardır, ya yoktur. "Var" ile "yok" arasında gri bir bölge mevcut değildir. Tüm bilim "doğru" ile "yanlış"; "var" ile "yok" şıkları üzerine kurulmuştur. Anayasa hukuku bilimi için de bu böyledir. Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederken, belirli bir norma ya dayanır, ya dayanmaz; dayanıyorsa o norm ölçü normdur; dayanmıyorsa, ölçü norm değildir. Bunların arasında üçüncü bir ihtimal yoktur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı norm, "bağımsız-destek" ayrımı olmaksızın ölçü normdur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayanmadığı norm ise, "destek" olarak nitelense bile "ölçü norm" olamaz. Kısacası bir ölçü norm varsa, zaten bu ölçü norm "bağımsız" ölçü normdur. Ama eğer böyle bir ölçü norm yoksa, böyle bir norm, bir şeye "destek" bile olamaz. Yok olan bir şeye "destek ölçü norm" da denemez. O halde, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı anayasa normlarından her biri, "bağımsız-destek" ayrımı olmaksızın *tout court* ölçü normdur. Eğer Anayasa Mahkemesi bir kanunun iptal ederken o norma dayanmamışsa, o norm, "destek" sıfatıyla desteklense bile hiçbir şekilde ölçü norm değildir. Dolayısıyla anayasallık bloğuna dahil değildir.

İşte bu nedenle, uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkelerinden Anayasa Mahkemesi kararlarında zaman zaman bahsediliyor olsa da, bu normlar ve ilkeler bir ölçü norm değildir; zira, bildiğimiz kadarıyla, Anayasa Mahkemesi bu güne kadar, *bunlara dayanarak bir kanunu iptal etmiş değildir*. O halde, uluslararası hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini anayasallık bloğuna dahil etmeye "destek ölçü norm" kavramı da yetmez.

Bu vesileyle, burada şunu da belirtelim: Anayasa Mahkemesi kararları değerlendirilirken, tüm mahkeme kararlarında olduğu gibi, kararın *ratio decidendi*'si ile obiter dictum'u arasında ayırım yapmak gerekir. Anayasa Mahkemesi kararının hukukî dayanağı o kararın *ratio decidendi*'sini oluşturur. Buna karşılık, kararın dayanağını teşkil etmeyen, ama yine de kararda geçen argümanlar da olabilir. Bunlara obiter dictum denir. Bunlar bağlayıcı değildir. Bunlar kararda geçmeselerdi bile, kararın sonucu değişmezdi. *Obiter dictum*'lar ölçü norm olamazlar. Ölçü norm ve anayasallık bloğu kavramları Anayasa Mahkemesi kararlarının *ratio decidendi*'si ile alakalıdır.

Eğer Türk anayasa hukuku doktrini "destek ölçü norm" tabiri ile Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılan kararın dayanağını teşkil etmeyen argümanları kast ediyorsa, buna "destek ölçü norm" ismini vermekten vazgeçmeli, bunun hukuk biliminde bilinen ismi olan *obiter dictum* tabirini kullanmalıdır. *Obiter dictum* tabirinin kullanılması karışıklığa da meydan vermez. Zira, mahiyeti gereği, *obiter dictum*'ların anayasallık bloğuna dahil olduğunu kimse iddia etmeyecektir.

SONUÇ

Yukarıda görüldüğü gibi, Fransa için anayasallık bloğu kavramı gereklidir ve bir fonksiyonu vardır. Zira, 1958 Fransız Anayasası oldukça kısa bir anayasadır. Bir iki temel hak ve özgürlük dışında Anayasada temel hak ve özgürlükler düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Anayasada anayasallık denetiminde ölçü norm olmaya elverişli pek az madde vardır. Bu nedenle Fransız Anayasa Konseyinin anayasallık denetiminde, Anayasanın metninin dışında birçok ölçü norma da ihtiyacı vardır. Anayasa Konseyi de bu ihtiyacı 1958 Anayasanın başlangıç kısmından yola çıkarak gidermeye çalışmıştır. Bunu yaparken de, kendi arzusuna göre ölçü normlar oluşturmaktan kaçınmıştır. Anayasa Konseyi anayasallık denetiminde kullandığı ölçü normları, dolaylı bir şekilde de olsa, pozitif bir temele dayandırmaya özen göstermiştir. Fransa'da yukarıda belirtildiği gibi, bu kavramın kullanılması 1990'lardan itibaren azalmıştır. Bunun yerine doğrudan "anayasa" kavramı kullanılmaktadır.

Anayasallık bloğu kavramı, Fransa'da terk edilirken, ülkemizde rağbet bulmuştur. Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye'de bu kavrama gerek yoktur. Zira 1982 Anayasası metni zengin bir ölçü norm kataloğunu içerir. Zaten Türkiye'de

anayasallık bloğu tartışmalarının arka planına bakılırsa, bunun hiç de Fransa'daki gibi masum bir tartışma olmadığı, Anayasa Mahkemesine Anayasanın dışında yer alan, pozitif temelden tamamen mahrum bir takım ilkeleri anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullandırmayı hedeflediğini görürüz. Türkiye'de bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesinin kanunların sadece 1982 Anayasasına uygunluğunun denetlemesini yetersiz görmektedir. Onlar Anayasa Mahkemesinin kanunların uluslararası hukuk normlarına ve "hukukun genel ilkelerine" uygunluğunu denetletmesini istemektedirler. Anayasa Mahkemesini bu yolda ikna etmek için de kullandıkları sihirli kavram, anayasallık bloğu kavramıdır.

Yukarıda açıklandığı gibi, Türkiye'de anayasallık denetiminde ölçü norm olarak ancak Anayasanın maddeleri ve başlangıcı kullanılabilir. Bunların dışında uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri ölçü norm olarak kullanılamaz ve dolayısıyla bu normlar ve ilkeler anayasallık bloğuna dahil olamazlar. O halde Türkiye'de anayasallık bloğunun içinde sadece Anayasanın maddeleri ve başlangıcı kalmaktadır. Bu nedenle, anayasallık denetiminde ölçü normlar konusunda doğrudan "Anayasa" kavramı yeterlidir. Anayasa kavramının dışında ayrıca bir "anayasallık bloğu" kavramına ihtiyaç yoktur. Zira, bu blok, sadece Anayasadan oluşmaktadır. Yukarıda gösterildiği gibi, Anayasanın dışında yer alan uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkeleri bu bloğa dahil değildir.

Son olarak belirtelim ki, anayasallık bloğu kavramı kabul edilirse, bu blok içinde yer alan normlar arasında hiyerarşi sorunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır. Bu sorun ise kolayca çözümlenebilecek bir sorun değildir.

Kaynakça

- AKILLIOĞLU, Tekin (1991), "Ülusal ve İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri," *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını) (Cilt I, Sayı 2-3: 39-42).
- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz (1996), *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- BALTA, Tahsin Bekir (1970), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye," *Türkiye'de İnsan Hakları* (Ankara): 278 vd..
- CARREAU, Dominique (1991), *Droit International* (Paris: Pédone, 3. Baskı).
- ÇAĞLAR, Bakır (1987), "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi," *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları) (Sayı 3): 137-187.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz (1997), *Anayasa Nolları* (İstanbul: Beta).
- ÇELİK, Edip (1988), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Yıl 9, Sayı 1-3): 47-56.
- FAVOREU, Louis (1974), "Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel," *Mélanges Eisenmann* (Paris: Cujas): 33-49.

- FAVOREU, Louis (1988), "Les normes de référence," FAVOREU, Louis (sous la direction de-), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques, Journée d'études du 13 mars 1987, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes* (Paris: Economica ve Presses universitaires d'Aix-Marseille): 69-78.
- FAVOREU, Louis (1992), "Bloc de constitutionnalité," DUHAMEL, Olivier / MENY, Yves (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel* (Paris, P.U.F.): 87-88.
- FAVOREU, Louis / PHILIP, Loïc (1993), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (Paris: Sirey, 7. Baskı).
- GENEVOIS, Bruno (1988), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel: principes directeurs* (Paris: Les Editions sciences et techniques humaines).
- GENEVOIS, Bruno (1992), "Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée: à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992," *Revue française de droit administratif*, no 12: 937-950.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı).
- GÖZLER, Kemal (1998), *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (Ankara: US-A Yayıncılık).
- GÖZLER, Kemal (1999), "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu," *Türkiye'de İnsan Hakları* (Ankara: TODAİE Yayını, Çıkacak) (6-7 Aralık 1998 tarihinde TODAİE'de düzenlenen "Türkiye'de İnsan Hakları Konferansı"nda sunulan tebliğ).
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1991), "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı," *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), no 8: 291-322.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1994), *Anayasa Yargısı* (Ankara: İmge Kitabevi Yayınları).
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1996), *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme* (İstanbul: Afa Yayınları, Üçüncü Baskı).
- KELSEN, Hans (1928), "La garantie juridictionnelle de la constitution : la justice constitutionnelle," *Revue du droit public*, 1928: 197-257.
- LAVROFF, Dmitri Georges (1995), *Le droit constitutionnel de la Ve République* (Paris: Dalloz).
- LJUBBERDINK, Henk (1990), "Some Observations on the Role of Constitutional Norms, International Norms and Legal Principles in the Netherlands Legal System in Respect of Inviolability of Statute Law (Report of the Netherlands)," *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (VIII'inci Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Ankara, 7-10 Mayıs 1990)* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), Cilt 4: 195-207.
- MERAY, Seha L. (1968), *Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I* (Ankara).
- ÖZBUDUN, Ergun (1995), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, Dördüncü Baskı).
- PAZARCI, Hüseyin (1985), *Uluslararası Hukuk Dersleri, Cilt I*, (Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları).
- PICART, Etienne (1993), "Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen," *Revue française de droit administratif*, 1993: 47-54.
- ROUSSEAU, Dominique (1993), *Droit du contentieux constitutionnel* (Paris: Montchrestien, 3. Baskı).
- ROUSSILLON, Henry (1994), *Le Conseil constitutionnel* (Paris: Dalloz, 2. Baskı).
- SOYSAL, Mümtaz (1986), "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler," *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), Sayı 2: 5-18.

- SOYSAL, Mümtaz (1997), "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı," *Anayasa Yargısı* (Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları), Sayı 14: 171-187.
- TEZİÇ, Erdoğan (1986), "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi," *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), Sayı 2: 21-38.
- TURPIN, Dominique (1986), *Contentieux constitutionnel* (Paris: P.U.F.).
- VANDERNOOT, Pierre (1990), "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux (Rapport de la Cour d'Arbitrage de Belgique présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes)," *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi* (Ankara Anayasa Mahkemesi Yayınları), Cilt 4: 51-88.
- VEDEL, Georges (1984), "Le précédent judiciaire en droit public français," *Journées de la Société de législation comparée*, 1984: 265-288.
- VEDEL, Georges (1989), "La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité'," *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* (Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel) (Paris: P.U.F.): 35-64.
- VEDEL, Georges (1993), "Souveraineté et supraconstitutionnalité," *Pouvoirs*, n° 67: 79-97.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993), *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları).